Das Verhältnis von Bürgschaft, Garantievertrag, Schuldbeitritt zueinander

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Werner Pegels
aus Castrop-Rauxel

Approbiert am 16. Juni 1936

Erlangen 1936
Buchdruckerei Heinrich Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer.

1936/268

Referent: Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur.

Abhandlungen und Aufsätze.

1) Bindewald, Norbert: Garantievertrag auf Forderungsausfall; Diss. Greifswald, 1911.

2) Bindhardt Walter: Die Auslegung von Willenserklärungen mit denen Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint sein kann; Diss. Marburg 1932.

3) Larenz, Carl: Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1930. (Kritik von Manigk, JW. 30, 2193).

4) Isay, Normann: Die Methode der Interessenjurisprudenz im Archiv für die Ziv. Praxis, Band 69.

5) Manigk, Alfred: Irrtum und Auslegung, 1918.

6) Reichel, Hans: Die Schuldmitübernahme, 1909.

7) Schollmeyer Friedrich: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf in Jher. Jahrbuch, Band 49, S. 93 ff., 1905.

8) Stammler- Rudolf: Der Garantievertrag, im Archiv für die Ziv. Praxis, Band 69, S. 1 ff.

9) — Garantievertrag im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo, Band II S. 571 ff.

10) Süß, Theodor: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel 1931.

11) Wolf, Rudolf: Wie unterscheidet sich die cummulative Schuldübernahme von der Bürgschaft? 1908.

12) Westerkamp, Wilhelm: Bürgschaft und Schuldbeitritt, 1908.

13) Wienstein: Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? In Archiv für bürgerliches Recht, 31, 1 ff.

14) Würzburger: Über die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung, in Gruchots Beiträgen, 51, 721 ff.

Kommentare, Entscheidungen und sonstige Schriften.

1) Motive zum Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, 1888.

2) Protokolle zum Entwurf eines BGB., 1898 im Auftrage des Reichsjustizamts.

3) Ziv. Archiv 1933.
4) Juristische Wochenschrift 1930, 1932 1934.
5) Deutsche Juristenzeitung.
6) Gruchot Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
7) Enneccerus. Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1932.
8) Kommentar der Reichsgerichtsräte, 1929.
9) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
10) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, Bd. II, 1900.
11) Entscheidungen des Hanseatischen OLG.
12) Planck, Kommentar zum BGB.

Anordnung.

Seite

I. Einleitung 1
II. Hauptteil 2
A. Die Vertragstypen
1. Die Bürgschaft
2. Die Schuldmitübernahme 4
3. Der Garantievertrag 7
B. Garantie und Gewährleistung . 10
1. Die synonyme Verwendung beider Begriffe in Literatur und Rechtsprechung und ihre dogmatische Unterscheidung
2. Gewährleistungsansprüche und Erfüllungsansprüche. Die Ansprüche aus verbundenen Garantieverträgen 14
C. Mehrdeutige Erklärungen, ihre Auslegung und Subsumtion unter einen der drei Vertragstypen . 16
1. Auslegungskriterien der Rechtsprechung und Theorie
2. Methode der Auslegung 22
3. Ergänzende Auslegung 27
4. Schlußfolgerungen für die Abgrenzung der Verträge 28

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0159

I. Einleitung.

Es ist nicht der Sinn dieser Arbeit die Überfülle von Einzelliteratur, die sich mit den genannten Vertragstypen und ihrer rechtlichen Ausgestaltung beschäftigt, noch zu vermehren. Dogmatisch ist dieses Gebiet terra cognita. Die bereits geleistete begriffliche Arbeit aufs neue zu beginnen oder zu wiederholen, wäre überflüssiges Bemühen. Nur darum kann es sich handeln, den Versuch zu wagen, einiger Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten Herr zu werden. Auch das geschieht gewiß nicht erstmalig. Daß man sich die gleiche Aufgabe schon gestellt hat, beweist, daß ihre Lösung immer wieder als Bedürfnis empfunden wurde, mahnt aber auch zur Bescheidenheit.

Gemeinsam ist allen drei Verträgen, daß der aus ihnen Verpflichtete dafür eintritt, daß dem Vertragsgegner ein Schaden nicht erwächst. Bei Bürgschaft und Schuldübernahme tritt er ein für eine fremde Verbindlichkeit, übernimmt er sie, ihr wirtschaftliches Risiko, was schon die Römer in dem gemeinsamen Begriff der Interzession zum Ausdruck brachten. Im Garantievertrag steht er ein für das Risiko irgend eines Unternehmens des Vertragspartners, garantiert die Schadloshaltung bei etwaigem Mißerfolg.

Gerade um der inneren Ähnlichkeit dieser Verträge willen, muß vor jeder wissenschaftlichen Handhabung ihr Begriff sichergestellt sein. Erst dann kann eine Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsfiguren erfolgen. In dieser Hinsicht macht sich bei der guten Durcharbeitung des ganzen Gebiets nur noch beim Garantievertrag eine, allerdings empfindliche, Lücke bemerkbar. Es fehlt, soweit man sieht, an einer Abgrenzung von Garantie und Gewähr-

leistung, und in eben diesem Zusammenklang begegnet der Garantievertrag praktisch am häufigsten.

Stehen so die Vertragstypen begrifflich rein vor uns, dann erst kann versucht werden, für die Auslegung von Parteierklärungen und ihre Subsumption unter die behandelten Rechtsinstitute einen Weg zu finden.

II. Hauptteil.

A. Die Vertragstypen.

1. Die Bürgschaft.

Die Bürgschaft ist allein im Gesetz geregelt und gegenüber der Schuldmitübernahme und dem Garantievertrag die im Leben weitaus am häufigsten anzutreffende Vertragsform. Der Satz Reichels[1]), Quod non est in lege, non est in mundo, bewahrheitet sich.

Bürge ist, wer sich dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet für die Verbindlichkeit dieses Dritten einzustehen (§ 765 BGB.). Er ist daher zwar Schuldner, aber Schuldner einer eigenen, nämlich seiner Bürgenverbindlichkeit und insofern nicht Schuldner der Verbindlichkeit des Dritten, mithin auch nicht Gesamtschuldner. Man kann ihn Nebenschuldner, noch besser Fremdschuldner nennen. Die ihm obliegende Schuld ist inhaltlich verschieden von der Schuld des Hauptschuldners. Der Letztere schuldet ein Leisten, der Erstere ein Einstehen dafür, daß der andere leistet.

Die Leistung des Bürgen liegt in seinem Einstehen. Schon sprachlich — obwohl solcher Hinweis nie überschätzt werden darf — zeigt das „Einstehen" für eine fremde Verbindlichkeit an, daß der Bürge nur „eventuell" in Anspruch genommen, daß er auch nur subsidiär für den Hauptschuldner eintreten und da es um die Sicher-

1) Reichel, Die Schuldmitübernahme, 1909, S. VII.

stellung von dessen Verbindlichkeit geht, auch nur akzessorisch verpflichtet sein will.

Diese Vermutung wird durch das Gesetz gerechtfertigt und zur Gewißheit. Für den Normalfall stellt dies die dem Bürgen in § 771 BGB. gewährte Einrede der Vorausklage außer Frage. Selbst wenn auf sie, was praktisch so gut wie Regel ist, verzichtet wird, bleibt soviel an Subsidiarität noch übrig, daß der Bürge den Gläubiger immer noch auf ein Anfechtungsrecht des Hauptschuldners wie auf eine dem Gläubiger selbst zu Gebot stehende Aufrechnungsmöglichkeit verweisen kann (§ 770 BGB.). Er wird ferner von jeder Verpflichtung frei, sobald der Gläubiger eine Sicherheit aufgibt, die auch für seinen Regreßanspruch als Haftungsobjekt in Frage kam (§ 776 BGB. [2])). Auch psychologisch wirkt sich diese Rechtslage aus, färbt sie gewissermaßen ab. Reichel sagt mit Recht, daß trotz des vom Bürgen geübten Verzichts auf die Vorausklage ein anständiger Gläubiger nach wie vor der bloß eventuellen Haftung des Bürgen eingedenk bleiben und zuvor den Hauptschuldner ansprechen wird (S. 81). Auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft ist der Bestand der Bürgenschuld von dem Bestehen der Hauptverbindlichkeit abhängig. Erlischt diese, kann auch keine Bürgschaft mehr bestehen. Von dieser grundsätzlichen Akzessorietät gibt es nur zwei Ausnahmen, nämlich im Zwangsvergleich im Konkurse und beim gerichtlichen Vergleich zur Abwendung des Konkurses (§ 193 Satz 2 KO., § 82 Abs. 2 Vergl.-O.). Diese ändern aber an der grundsätzlichen Akzessorietät der Bürgschaft nichts, sondern sind nur Ausnahmen, die sich aus dem Zweck der Bürgschaft erklären, nämlich den Gläubiger vor Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen.

---

2) Im Falle der Bürgschaft für eine unvertretbare Leistung des Hauptschuldners (Herstellung eines Kunstwerkes) hat der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage keinen rechten Sinn mehr. Hier kann niemand sonst als der Hauptschuldner leisten; und den Bürgen in Anspruch nehmen ehe feststeht, daß der Hauptschuldner nicht leisten wird, widerspricht aller Logik, weil der Bürge hier niemals primär zu leisten imstande ist. Trotzdem hält Reichel den Verzicht für möglich (a. a. O., S. 82, 83).

Der Bürge steht hinter dem Hauptschuldner. Er sichert nur dessen Verpflichtung. Seine Verpflichtung ist nichts als ein Annex der Hauptschuld. Geht sie unter, fällt auch seine eigene Schuld. Wechselt das Recht des Gläubigers durch Zession seinen Rechtsträger, so erhält auch der Bürge den gleichen neuen Gläubiger (§ 401 BGB.)[3]). So stark und schwach wie die Hauptschuld, ist auch die Bürgenschuld (§§ 765, 767 BGB.). Sie ist kurz gesagt akzessorisch, wie es andere Sicherungen auch zu sein pflegen (Hypothek, Pfandrecht).

2. Die Schuldmitübernahme.

Gerade diese Eigenschaften fehlen der Schuldmitübernahme. Da sie echte Schuldnerschaft neben der Hauptschuldnerschaft ist, auf dem gleichen Schuldgrunde beruht, zur gleichen eigenen Leistung verpflichtet, kann sie nicht akzessorisch sein. Denn akzessorisch nennen wir ein Schuldverhältnis dann, wenn es den Charakter eines „Nebenschuldverhältnisses" trägt. Es soll lediglich dazu dienen, die Hauptschuld, ihre Durchsetzbarkeit zu sichern. Und weil sich hierin sein Zweck erschöpft, verliert es auch seinen Daseinszweck, sobald die Hauptschuld erloschen ist. „Es erscheint", wie Reichel anschaulich sagt, „als ein Stern ohne eigenes Licht; es empfängt sein Licht ausschließlich von der Hauptschuld und es erlischt mit, sobald aus irgend einem Grunde die Hauptschuld ihr Licht verliert" (S. 41). Wenn aber die übernommene Mitschuld echte Schuldnerlast begründet, so kann und darf sie nicht akzessorisch sein. Die ihr wesentliche Sicherungsfunktion darf nicht dazu verleiten, Akzessorietät anzunehmen. Wer mehrere Gesamtschuldner hat,

---

3) Wechselt dagegen das Recht den Schuldner, so wäre an sich, da die Schuld trotz Personenwechsels die gleiche geblieben ist, die Folge hiervon, daß nach wie vor die Sicherungen, auch die Bürgschaften forthaften müßten. Es kann aber dem Bürgen nicht gleichgültig sein, wer Hauptschuldner ist. Das Gesetz hat daher hier die Akzessorietät der Bürgschaft mit Rücksicht auf die zu stark gefährdeten Bürgeninteressen durchbrochen; gemäß § 418 erlöschen die Bürgschaften.

ist besser gesichert als derjenige, dem nur ein Schuldner verpflichtet ist. Niemand aber denkt daran, im Normalfall der Gesamtschuldnerschaft (etwa im Falle des § 427 BGB) die Verpflichtung eines Gesamtschuldners akzessorisch der eines andern zu nennen. Man käme auf diesem Wege dazu, sie alle als akzessorisch, d. h. wechselseitig akzessorisch, anzusehen, ein völlig abwegiger Gedanke. Trotzdem glaubten die Griechen den Gedanken einer wechselseitigen Akzessorietät vollziehen zu können. Der Begriff ἀλληλέγγυοι bringt das zum Ausdruck.

Was aber für den Normalfall der von vornherein bestehenden Gesamtschuldnerschaft gilt, das muß auch für die Mitschuldübernahme, durch die nachträglich Gesamtschuldnerschaft entsteht, richtig sein.

Besteht wirklich eine Urschuld, so kann, wer sie mit übernimmt, nie einwenden, er wolle Schuldner nur so lange und soweit sein, als der Urschuldner es sei. Wer das will, muß es zum Ausdruck bringen. Es geschieht garnicht so selten. Hat aber der Übernehmer es so gewollt und erklärt, so hat er sich verbürgt. Der Parteiwillkür sind dort Grenzen gesetzt, wo ein Vertragstyp sogar seine charakteristischen Merkmale verlieren soll. Trotz anderer Benennung haben die Parteien dann eine Bürgschaft vereinbaren wollen.

Hierzu noch zwei Bemerkungen:

1) Die Schuld, die der Übernehmer mit tragen will, muß überhaupt bestehen zur Zeit der Übernahme. Daß er ein Nichts übernimmt, ist logisch ein Widersinn. „Ein non-Ens ist Nonsens“ [4]). Schuldet der Urschuldner nichts, so ist garnichts vorhanden, was übernommen werden könnte. Die Mitschuldübernahme wäre ein Schlag ins Wasser. Von diesem Falle, der nur die Unmöglichkeit einer Mitschuld bei Nichtbestehen der Hauptschuld betrifft, muß scharf geschieden werden der wesentlich anders gelagerte Fall, daß die Hauptschuld noch nicht besteht. Hier kann nicht der gleiche Satz

4) Reichel, a. a. O., S. 344.

gelten, daß, wo nichts sei, auch nichts übernommen werden könne. Denn es steht ja noch aus, ob etwas entstehen wird. Es ist aber möglich und muß der Parteivereinbarung überlassen bleiben, ob jemand zu übernehmen sich bereit erklärt, was demnächst ins Leben treten soll, ob er mithin eine künftige Schuld übernehmen will. Nicht einmal ihrem Umfange nach braucht diese künftige Schuld jetzt schon umgrenzt zu sein. Es kann „gewissermaßen in blanko" interzediert werden. Aber weder diese Möglichkeit noch die in der gleichen Linie liegende Tatsache, daß der Mitschuldübernehmer die Schuld in dem Bestand übernimmt, wie er sie antrifft, mit allen Einreden und Einwendungen des Urschuldners also, was sich aus analoger Anwendung des § 417 BGB. ergibt, darf dazu verleiten, hier, bei Mitschuldübernahme, von Akzessorietät zu sprechen. Besteht die Schuld, so kann sie übernommen werden, lebt aber dann gewissermaßen als neben der Urschuld stehende Doppelgestalt ihr eigenes Leben fort.

Ob es zur voll wirksamen Übernahme auch dann nicht kommt, wenn eine anfechtbare Schuld übernommen wurde, ist zweifelhaft. Selbstverständlich, daß, solange nicht angefochten ist, die Übernahme wirksam sein muß; das Anfechtungsrecht kann verloren gehen.

Aber soviel muß doch zugunsten des Übernehmers angenommen werden, daß er während der Schwebe die dem Bürgen zustehende Einrede des § 770 Abs. 1 BGB. gleichfalls muß geltend machen können.

Zu zaghaft will sich Westerkamp[5]) dieser Entscheidung nicht anschließen. Es steht nicht zu befürchten, daß damit die Übernahmeschuld zu einer akzessorischen gestempelt wird. Im Grunde verdient hier der gleiche Gedanke Beachtung, der eben schon dazu führte, eine Nichtschuld als nichtübernehmbar zu bezeichnen. Würde wirklich angefochten, so wäre ein Indebitum geleistet. Was aber soll es für einen Sinn

5) Westerkamp, „Bürgschaft und Schuldbeitritt", 1908, S. 429. Vergl. ferner die bei Reichel, a. a. O. S. 351 angegebene Literatur.

haben, den Übernehmenden leisten zu lassen, was er nach vollzogener Anfechtung als grundlose Bereicherung zurückfordern könnte?

2) Wenn eben behauptet wurde, daß es eine akzessorische Mitschuld nicht geben könne und daß es sich um eine Bürgschaft handele, wenn solches doch vereinbart sein sollte, so bleibt zu beachten, daß damit keineswegs die Denkmöglichkeit einer akzessorischen Interzession in Abrede gestellt würde. Das Gesetz kennt derartige Fälle in den §§ 1137, 1211 BGB. Aber es stellt sie bezeichnenderweise nur bei Realinterzessionen auf. Schuldrechtlich steht den Parteien entweder die akzessorische Verbürgung oder die nichtakzessorische Mitschuldübernahme zur Wahl. Die Erscheinung ist ganz alltäglich. Wer statt eines Kaufpreises als Gegenleistung eine Sache geben will, hat nicht einen Kauf, sondern einen Tausch abgeschlossen.

Es bleibt noch zu erwähnen, ob die Mitschuldübernahme als subsidiäre Verpflichtung anzusprechen ist. Auch das kann nur mit einem Nein beantwortet werden. Urschuldner und Übernehmer sind beide zur gleichen Leistung aus gleichem Schuldgrund verpflichtet. Sie sind Gesamtschuldner, verbunden zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks[6]). Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Gläubiger nach seinem Belieben auch bei Mitschuldübernahme einen Gesamtschuldner herausgreifen kann. Ausdrücklich bestimmt dies § 421 BGB.

3) Der Garantievertrag.

Stammler[7]) hat für die deutsche Rechtsdogmatik den Begriff des Garantievertrages mit solcher Sicherheit festgelegt, daß ernste Zweifler bislang nicht aufgestanden sind. Ihm zufolge hat man als Garantievertrag zu ver-

---

6) Daß das Gesamtschuldverhältnis eine teleologische Zweckeinheit ist, hat niemand in sachlich klarerer und sprachlich anschaulicherer Form erwiesen als Reichel (Bild des Bogens mit den Pfeilen), a. a. O., S. 31/33.

7) Stammler, „Der Garantievertrag", Ziv. Archiv 69, 1 ff, 5. 1.

stehen, daß „jemand einer auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung eines andern dadurch Unterstützung und Förderung angedeihen läßt, daß er unentgeltlich das Risiko, das mit demselben verbunden ist, ganz oder in bestimmter Begrenzung übernimmt". Die Verpflichtung des Garanten steht ex definitione auf eigenen Füßen, selbst dann, wenn das Unternehmen, dessen Risiko vom Garanten übernommen wurde, eine Forderung und deren Einbringlichkeit sein sollte. Der Begriff des „Unternehmens" ist soweit gefaßt, daß er auch diesen Fall in sich begreift. Hier liegt der Berührungspunkt zwischen Bürgschaft und Garantievertrag; ihm wendet sich unser Interesse bei der später behandelten Frage der Auslegung in erster Linie zu. Während der Bürge in Anlehnung an fremde Schuld akzessorisch verpflichtet ist, ist die Verbindlichkeit, die aus dem Garantievertrag erwächst, völlig selbständig. Auch diese Feststellung bedarf der selbstverständlichen Einschränkung, daß ein Nichts nicht garantiert werden kann, daß mithin jedenfalls ein Unternehmen existieren, eine Forderung bestehen muß.

Gleichermaßen unzweifelhaft muß sein, daß der Garant, der den möglichen Schaden eines Unternehmens zu tragen sich bereit gefunden hat, nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn ein solcher Schaden wirklich vorliegt. Ob man zur Feststellung dieses Schadensfalles beim „Garantievertrag auf Forderungsausfall" [8]) die Vorausklage analog heranzieht, ist für die theoretische Fragestellung von untergeordnetem Interesse. Geschmacksache ist es ferner, ob man die Rechtsfigur als einen Fall der subsidiären Haftung ansehen will.

Schon seit Stammler ist man gewohnt, und es liegt in der Natur der Sache, zu unterscheiden zwischen selbständigen und unselbständigen Garantieverträgen.

---

8) Diese etwas langatmige Wortbildung ist einer Greifswalder Dissertation von M. Bindewald 1911 mit dem gleichen Titel entnommen. Kürzer wird, wie üblich, von Ausfallsgarantie gesprochen.

Unter den letzteren versteht Stammler[9]) „Gewährleistungsverträge" im Rahmen und zum Zwecke eines Hauptvertrages. Ihre Existenz wie ihre Abgrenzung von den selbständigen Garantieverträgen hat eine zwar lebhafte, aber überflüssige Diskussion hervorgerufen. Nach beiden Richtungen hat Wienstein[10]) sich gegen Stammler gewandt. Gegen die Möglichkeit einer Unterscheidung wendet er sich allerdings mit dem etwas erstaunlichen Argument, daß ein Vertrag, dessen Eigenart noch nicht ganz feststehe, auch keine Verbindung mit einem anderen Vertrag eingehen könne, ohne Gefahr zu laufen, dabei sein eigenes, eben noch mühsam erworbenes Leben einzubüßen. Berechtigt sind freilich seine Zweifel S. 7 an den Unterscheidungsmerkmalen, die Stammler aufgestellt hat (S. 6—9). Die Frage kann offen bleiben. Schon sie zu stellen ist müßig. Denn zweifellos ergibt sich aus solcher Nebenberedung eine Verpflichtung des Garanten, mag sie nun selbständiger Vertrag oder Bestandteil des Hauptvertrages sein. Im ersteren Falle wäre die Rechtsfigur mit André[11]) als „verbundener" Vertrag, im zweiten als zusammengesetztes Geschäft anzusprechen.

Dogmatisch unrichtig und daher einer Erklärung bedürftig ist die bisher nicht erkannte Verwechselung derartiger Garantiezusagen mit der gesetzlichen Gewährleistung. Man bezeichnet allenthalben diese Nebenabreden bald als Garantiezusagen, bald als Gewährleistung, ohne gewahr zu werden, daß hier ein wesentlicher Unterschied besteht. Der Fehler ist verzeihlich. Das Gesetz selbst gebraucht den Begriff der Gewährleistung ebenso verwirrend wie es Literatur und Rechtsprechung tuen. Der Beweis hierfür ist unschwer zu führen.

---

9) A. a. O., S. 5.

10) Wienstein, Archiv f. bürgerl. R. 31, 1 ff.

11) André, Einfache zusammengesetzte verbundene Rechtsgebilde, Festg. f. Enneccerus, 1913.

B. Garantie und Gewährleistung.

1. Die synonyme Verwendung beider Begriffe in Literatur und Rechtsprechung und ihre dogmatische Unterscheidung.

Garantieren und Gewährleisten gehen sprachlich auf die gleiche Wurzel zurück. Aus dem ahd wërên und seinem Partizip wërênto wurde im Italienischen guarento, französisch garent mit den entsprechenden Verben guarentire, garantir. In dieser Form ist das Wort dann ins Deutsche zurück übernommen worden [1]). Ein Grund mehr, nicht darüber erstaunt zu sein, daß unüberlegt eines der Worte an die Stelle des anderen gesetzt wird. Hier interessiert aber nur die Abgrenzung des Garantievertrages von den anderen Verträgen; deshalb müssen zunächst die oft mit dem Garantievertrag verwechselten Fälle der Gewährleistung dogmatisch abgetrennt werden.

Es empfiehlt sich, den Begriff der Gewährleistung zunächst in dem Zusammenhang näher zu betrachten, wo er am sinnfälligsten verwandt wird. Das geschieht in der Kaufrechtsregelung, die im Gesetz allenthalben analog herangezogen wird. Der Verkäufer hat nach geltendem Recht (§ 433 BGB.) die vertragliche Verpflichtung, Eigentum und Besitz der verkauften Sache dem Käufer frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Er ist dagegen nicht verpflichtet, die Sache mangelfrei zu übergeben oder sie etwa später nachzubessern. Man sollte glauben, nichts sei im Kaufrecht auffälliger, als dieser Unterschied. Statt dessen belehrt ein Blick in die Literatur, daß hier treulich nebeneinander behandelt wird: Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel. Ähnlich hatte noch der Entwurf I unseres Bürgerlichen Gesetzbuches neben der heutigen Überschrift vor § 459 „Gewährleistung wegen Mängel der Sache“ vor dem damaligen § 370 die analoge Überschrift „Gewährleistung des veräußerten Rechts“. Dieser Standpunkt entsprach überkommener Anschauung. Er ist mehr zufällig

1) Vergl. Stammler, a. a. O., S. 1, Anm. 1.

— die Motive schweigen nämlich — aufgegeben worden. Die heutige Fassung bringt den dogmatischen Unterschied von Gewährleistungs- und Erfüllungspflicht sehr klar zum Ausdruck. Zur Verschaffung des Eigentums und zwar lastenfreien Eigentums ist heute der Verkäufer verpflichtet (§ 434). Das bedeutet: Er schuldet als „Leistungserfolg“ [2]) kraft des Vertrages lastenfreie Eigentumsverschaffung. Wesentlich anders die Gewährleistung: Der eine mangelhafte Sache übertragende Verkäufer hat das getan, wozu er verpflichtet war. Er hat erfüllt, obwohl die Sache mangelhaft ist. Wäre es anders, so könnte zweifellos der Käufer eine andere mangelfreie Sache statt der mängelbehafteten, mindestens aber deren Nachbesserung verlangen und im Falle des Unvermögens hierzu Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Vertragspflicht; denn zum Schadensersatz verpflichtet sein, bedeutet dem Gläubiger an Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung Ersatz wegen der Unerbringlichkeit dieser Leistung leisten müssen. Schadensersatz ist sekundäre Pflicht an Stelle der primären Leistungsverpflichtung. Ganz anders im Falle der Gewährsleistung. Der Käufer verlangt nicht und kann nicht verlangen, was ihm garnicht geschuldet war. Er hat keinen Anspruch auf eine mangelfreie Sache an Stelle der ihm gelieferten. Er kann mithin auch keinen Ersatz verlangen für eine Leistung einer mangelhaften Sache, die ihm garnicht zustand. So verwunderlich es auch auf den ersten Blick sein mag, daß sogar ein Ersatzanspruch mit Gewährleistung nichts zu tun hat, daß trotz mangelhafter Leistung voll erfüllt sein soll, so entspricht es doch beim näheren Zusehen dem Sinn eines Kaufvertrages. „Der Händler ist garnicht imstande Reparaturen vorzunehmen, weil er nicht zugleich Handwerker ist, er will die Sache losschlagen, so wie sie ist, einstens sogar gleich weiterziehen“ (Süß, Gewährleistung) [3]).

2) Vergl. Scholl meyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Jhr. Jahrb. 49, 93 ff.

3) Theodor Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, 1931 S. 59.

Mängelfreiheit steht außerhalb der eigentlichen Erfüllungspflicht, bleibt allerdings nicht und darf nicht ohne Ausgleich bleiben. Die Kaufverträge wären anderenfalls überladen mit Garantieabreden und Parteiklauseln. Sie sind es ohnehin, soweit „Verkaufsbedingungen" benutzt werden. Es ist, obgleich Erfüllung vorliegt, durchaus angemessen, wenn die Ungleichheit von mangelhafter Leistung und voller Gegenleistung ihren Ausgleich findet. Rechtlich hätte der Käufer an sich Ansprüche nicht mehr zu stellen. Er hat ja bekommen, was der Verkäufer ihm zu leisten verpflichtet war. Erfüllungsansprüche und Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung stehen ihm nicht zu. Der Käufer muß daher die jenseits der Erfüllungsansprüche stehenden Gewährschaftsrechte haben. Er hat einen Preis geboten und gezahlt, ohne die Fehlerhaftigkeit der Sache zu kennen [4]). Es bestand aber, wenn auch keine rechtliche, so doch tatsächliche Ungleichheit. Man kann billigerweise von ihm nicht erwarten, daß er eine Sache zu einem Preis kauft, der für eine fehlerlose Sache angemessen wäre, mit dem aber die fehlerhafte erheblich überbezahlt ist. Er kann also zum Ausgleich wandeln oder mindern. Gewährleistungsrechte sind Ausgleichsrechte, aber nie Erfüllungsansprüche, auch keine Schadensansprüche wegen Nichterfüllung.

Solche Schadensansprüche hat das Gesetz bei Rechtsmängeln gegeben. Mit Recht, denn der Käufer hat entsprechende Erfüllungsansprüche. Wer Erfüllung fordern kann, der kann auch Schadensersatz fordern, wenn schuldhaft nicht erfüllt worden ist. Unter dieser Voraussetzung gibt das Gesetz immer sekundäre Ersatzrechte. § 440 BGB., der die §§ 320 ff. zur Anwendung bringt, handelt ganz korrekt. Die Vorschriften über die Ersatzfolgen bei schuldhafter Nichterfüllung sind direkt, nicht nur analog verwendbar. Umso unrichtiger, wenn das Gesetz anschließend im § 443 von Verpflichtung zur „Gewährleistung" spricht. Dagegen heißt es dann wieder im § 437

4) Kennt er sie, so schließt § 460 alle Ansprüche aus. Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf.

farblos aber richtig „haften". Auch hier kann nur Erfüllung und nicht Gewährleistung in Frage stehen.

Es liegt auf der Hand, daß sich hieran nichts ändert, wenn durch Parteiabrede neben die im § 437 ausgesprochene Haftung für den Bestand die weitere für die Einbringlichkeit der Forderung tritt. Auch das kann nur eine über den gesetzlichen Vertragsrahmen hinausgehende Erfüllungspflicht sein. Das gleiche muß in allen Fällen solcher Garantiezusagen gelten. Der Garant übernimmt besondere Erfüllungspflichten und folglich gerade keine Gewährspflichten.

Einhellig bezeichnen Rechtsprechung und Literatur trotzdem diese allerwärts gegebenen Fälle als Übernahme von Gewährspflichten.

Beispiele belegen das:

Dem Reichsgericht stand ein Fall der Cession einer Hypothekenforderung zur Entscheidung (RG. in JW. 1910, 233 Nr. 8). Die Verkäufer hatten erklärt: „Wir leisten ausdrücklich Gewähr dafür, daß die Forderung, wenn sie am 1. April 1906 gekündigt wird, vollständig und pünktlich eingeht". Die Entscheidung bemerkt: „Mit Recht hat das Berufungsgericht eine vertraglich übernommene Gewährleistung in dieser Abrede gefunden." Ähnliche Fälle mit dem gleichen Fehler finden sich in RG. Bd. 72, S. 140; Bd. 60, S. 371; ferner RG. Bd. 90, S. 415. Das eben zitierte Urteil beruft sich auf einen Artikel von Würzburger in Gruchot 51, 723: „Über die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung." Dort heißt es gleich einleitend: „Die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit ist ihrer Natur nach eine Gewährleistung, ähnlich der vertragsmäßig übernommenen oder gesetzlichen Gewährleistung für Mängel einer verkauften Sache". Selbst Stammler nennt die unselbständigen Garantieverträge Gewährleistungsversprechen (S. 5).

2) Gewährleistungsansprüche und Erfüllungsansprüche. Die Ansprüche aus verbundenen Garantieverträgen.

Ginge es um nichts mehr als die bloße Benennung, so wäre das zu verschmerzen. Entsprechend dem grundverschiedenen Wesen beider Anspruchsarten müssen aber auch die Rechtsfolgen im Falle einer Verletzung der übernommenen Pflichten verschieden sein. Wer zu erfüllen hat, muß Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten, wenn etwa die Leistung in einer von ihm zu vertretenden Weise unmöglich wird. Ersatzleistung anstelle der Erfüllung schließt aber begrifflich die Gewährleistung im technischen Sinne aus. Denn, wenn nicht erfüllt werden muß, kann ebensowenig Ersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden. Zum Ersatz kann ich nicht verpflichtet sein, wenn ich ursprünglich nichts schuldete. Gewährleistung bietet nur einen Ausgleich, obwohl nichts geschuldet wird.

Die Fälle der eigentlichen Garantiezusagen, mag man sie als Bestandteil des Hauptvertrages oder als selbständig verbundene Verträge ansehen, begründen samt und sonders Erfüllungsansprüche und verpflichten zum Schadensersatz. Freilich mit einer Besonderheit. In der Regel der Fälle macht das Gesetz zur unumgänglichen Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht das Verschulden des Verpflichteten. Eine objektive Vertragsverletzung muß in subjektiv zurechenbarer Weise gesetzt worden sein. Davon wird aber gerade dann abgesehen, wenn Erfüllungspflichten besonders garantiert worden sind. Selbst wenn die Erfüllung nicht schuldhaft vereitelt wurde, kann Schadensersatz verlangt werden. Garantiehaftung ist geradezu zum begrifflichen Gegensatz gegenüber der Verschuldungshaftung geworden. (Man vergleiche die Fälle des § 437 der ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit u. a.). Daher bedarf es denn insbesondere bei Garantiezusagen im Rahmen eines Kaufvertrages der genauen Nachprüfung, ob es sich um eine vertragliche Erweiterung der Gewährleistung oder um vertraglich übernommene Erfüllungspflichten handelt. Die übliche „Garantie auf ein Jahr" ge-

hört nicht zur ersteren Gruppe; sie schiebt nicht nur die Verjährung der Gewährschaftsrechte hinaus, sondern läßt den Verkäufer auch eine Ausbesserungspflicht für Gebrauchsschäden übernehmen. Sie zählt also zur zweiten ebenso wie die Garantie für den Eingang einer Forderung; hier hat der Verkäufer erst erfüllt, wenn die Forderung mit Erfolg geltend gemacht wurde.

Ihren Ausgang hatte die Erörterung über Garantie und Gewährleistung genommen von den sog. verbundenen Garantieverträgen. Es hat sich gezeigt, daß, weil nur hier eigentliche Garantiezusagen anzunehmen sind, immer von Übernahme besonderer Erfüllungspflichten gesprochen werden muß. Für sie den festbegrenzbaren Begriff der Gewährleistung zu verwenden, zeugt nur davon, daß das Wesen wahrer Gewährleistung, die mit Erfüllung von Grund aus nichts zu schaffen hat, grob verkannt wurde. Es gibt daneben Fälle erweiterter Gewährschaftsrechte. Sie können aber nie zu Erfüllungsansprüchen führen und an sie wird auch nicht gedacht, wenn von verbundenen Garantieverträgen die Rede ist. Man mag sich den Kopf darüber zerbrechen, ob es wirklich berechtigt ist, ihnen den Namen verbundener Verträge zu geben, man hat damit zur Lösung der Frage ihrer rechtlichen Handhabung keinen einzigen Stein beigetragen.

Eine Besonderheit bietet sich noch im § 463 BGB. „Garantierte Eigenschaften" begründen gleichfalls, wie § 463 BGB. anzeigt, Erfüllungspflichten. Diese Bestimmung findet sich aber wie ein Kuckucksei mitten in der Gewährleistungsregelung, denn einen Fall echter Gewährleistung stellt sie nicht dar. Sie gibt vielmehr einen Ersatzanspruch, der auf Verschulden beruht, gleicht also nicht die Differenz zwischen mangelhafter Ware und Preis objektiv aus, wie es die Gewährschaftsrechte tun und kann, weil auf Verschulden abstellend, auch nicht als Fall der sog. Garantiehaftung angesprochen werden. Als Verschulden nämlich ist dem Verkäufer auch im Falle des S. 1 des § 463 anzurechnen, daß er Eigenschaften der Kaufsache zusicherte, ohne sich vorher vergewissert zu haben, daß sie auch wirklich vorhanden waren. Nicht deshalb, weil die

zugesicherten Eigenschaften fehlen, wird der Verkäufer verantwortlich gemacht, muß er Schadensersatz leisten, — das wäre objektive Gewährleistung —, sondern nur deshalb, weil er durch die zumindest leichtfertige Zusicherung den Käufer zum Vertragsabschluß bewogen hat. Sein Verschulden ist sog. culpa in contrahendo. Im Falle des S. 2, bei Arglist, kann das gar nicht zweifelhaft sein; aber auch bei der eben umschriebenen Fahrlässigkeit läßt sich ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Zusichern und dem für den Käufer schädlichen Vertragsschluß feststellen. Der Vertragsschluß bedeutet einen Schaden für den Käufer, weil er sich zur Bezahlung einer für ihn minderwerten Sache verpflichtet hat.

Diesen Schaden wäre an sich der Verkäufer auszugleichen verpflichtet, d. h. er hätte entsprechend § 249 den Zustand herzustellen, der ohne das schädliche Ereignis bestehen würde, also den Käufer so zu stellen, als wäre der Vertrag nicht geschlossen worden[5]). Im Gegensatz zu diesem neg. Interesse verpflichtet § 463 den Käufer zum vollen Erfüllungsschadensersatz. Hierfür läßt sich eine Begründung auch aus rechtspolitischen Erwägungen nicht finden, sed ita lex scripta. Man hätte es richtiger beim Vertrauensschaden bewenden lassen sollen. In keinem Falle kann aber in § 463 ein Fall echter Gewährleistung, objektiver Ausgleichung gesehen werden.

C. Mehrdeutige Erklärungen, ihre Auslegung und Subsumption unter einen der drei Vertragstypen.

1. Auslegungskriterien der Rechtsprechung und Theorie.

Die Feststellung des Umfanges eines Begriffs setzt immer genaue Umgrenzung seines Inhalts voraus. Unter Umfang eines Begriffs versteht man die Zahl, die Summe der Gegenstände, auf die er anwendbar ist. Notwendig

5) Vergl. Süß, a. a. O., S. 87—89.

läßt sich aber diese Summe erst angeben oder umgrenzen, wenn ich weiß, welche Merkmale der Begriff enthält, wenn ich m. a. W. seinen Inhalt kenne. Welche Tiere unter den Begriff „Pferd" fallen, zeigt sich erst dann, wenn klar ist, was alles zum Begriff eines Pferdes gehört.

Ähnlich erfordert eine verläßliche Grenzziehung zwischen dem Anwendungsraum mehrerer Vertragstypen als Vorarbeit eine saubere, dogmatische Begriffsbildung. Die bisherigen Ausführungen sollten auch hierzu ein Beitrag sein.

Wenn es jetzt gilt, den noch immer bestehenden Auslegungsschwierigkeiten näherzutreten, so darf man die Tatsache nicht übersehen, daß sich die Praxis und ein guter Teil der Theorie auf bereits eingefahrener Bahn bewegt. Insbesondere die Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtshofes hat seit geraumer Zeit, freilich in langer Entwicklung, Grundsätze entwickelt, an denen sie in Übereinstimmung mit der Theorie festhält.

Die Frage der Abgrenzung war, was nahezu selbstverständlich ist, die crux der Praxis. Denn nichts ist naheliegender, als daß sich die aus einem Interzessionsversprechen klagende Partei darauf beruft, daß zwar Bürgschaft nicht vorliege, weil deren Form nicht gewahrt sei, daß aber die Verpflichtung als Mitschuldübernahme aufrecht erhalten werden könne. Darüber, daß insbesondere die Mitschuldübernahme formfrei sei, bestand allerdings keineswegs immer allseitiges Einverständnis. Im Gegenteil hat sogar das Reichsgericht früher tonangebend Formzwang für beide Geschäfte als unumgänglich angesehen (RG. 51, 120), schon aus der Befürchtung heraus, die mit Bedacht aufgestellte Formvorschrift des § 766 könne zu leicht umgangen werden. Man hat diesen Vorbehalt fallen lassen. Wer einer Schuld beitritt, weiß, daß er selbst schuldet, primär schuldet, lebt aber nicht in der Hoffnung, erst als Ersatzschuldner in Anspruch genommen zu werden. Schutz vor Übereilung erscheint bei ihm nicht erforderlich, ganz abgesehen davon, daß, wie Reichel[1]) richtig sagt,

1) A. a. O., S. 212.

in unserem papierenen Zeitalter die Feder rasch bei der Hand ist.

Nichts anderes gilt für den Garantievertrag. Auch er begründet eine Eigenschuld, die weder akzessorisch noch subsidiär ist und überdies noch die Besonderheit hat, daß überhaupt nur Rechtsbeziehungen zwischen dem Garanten und dem Garantieempfänger vorliegen können, ohne daß ein Dritter mit hineinspielt, sodaß für diese Fälle die Frage der Subsidiarität und Akzessorietät garnicht auftaucht. Gegenüber der Bürgschaft jedenfalls sind beide Verträge Quellen selbständiger Verpflichtungen. Das ist ihr hervorstehendes Merkmal. Hier hat auch die Auslegung anzusetzen. Der Bürge steht für fremde Schuld ein, ist demnach an ihr interessiert. Bürge sein bedeutet Fremdinteressen wahren. Übertrieben wäre zwar, zu behaupten, der Bürge sei n u r an dem ihm fremden Geschäft des Hauptschuldners interessiert. Aber dieses Interesse überwiegt und muß daher ausschlaggebend sein.

Der Schuldmitübernehmer hat, da er eine in sich ruhende eigene Schuld begründet, ein eigenes Interesse, das nicht vermittelt wird durch das Geschäft des Hauptschuldners, daher denn ein unmittelbares sein muß. Und da hier wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden, kann es „seinem Wesen nach nur ein wirtschaftliches Interesse sein“ [2]).

So hätte sich dann alsbald zwanglos die heute allgemein anerkannte Auslegungsregel ergeben können: Schuldmitübernahme liegt nur vor bei eigenem, unmittelbarem sachlichem oder wirtschaftlichem Interesse des Übernehmers am Abschluß des Interzessionsvertrages. Übernahme fremder, angelehnter Schuld ist dagegen Bürgschaft.

Die Praxis, auch die des Reichsgerichts hat aber einen langen Weg machen müssen, ehe sie dieses Ergebnis als gesicherten Besitz betrachten konnte. Ihn im einzelnen zurückzuverfolgen würde noch von historischem Interesse sein. Seit den Entscheidungen RG. 71, 818; 90.

---

2) R e i c h e l, a. a. O., S. 265.

415 beharrt die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß „das Bestehen eines eigenen unmittelbaren sachlichen Interesses des Eintretenden" das Vorliegen einer Mitschuldübernahme statt einer Bürgschaft anzeige, und daß auch der Garantievertrag sich von der Bürgschaft dadurch unterscheide, daß „er eine selbständige, von der des ursprünglichen Schuldners unabhängige Verpflichtung" zum Gegenstand habe.

Die Unterscheidung der Verträge wurde und wird in der Literatur nicht immer unter den gleichen Gesichtspunkten getroffen. Man findet in der Marburger Dissertation von W. Bindhardt, die sich freilich nur mit Bürgschaft und Schuldbeitritt beschäftigt, eine recht brauchbare Einteilung (S. 21 ff.) der in Betracht kommenden und von der Literatur vorgeschlagenen Kriterien [3]).

Der Verfasser scheidet in der Hauptsache Vorschläge mit subjektiven und objektiven Merkmalen. Unter die erstere Gruppe rechnet er zunächst einen Vorschlag von Siber, der die Auslegung und Sonderung darauf stützen will, ob der Interzedent, sobald er geleistet hat, Regreß nehmen will oder nicht; abgestellt wird dabei offenbar auf ein subjektives Willensmoment, freilich zu Unrecht, denn davon, daß der Schuldmitübernehmer keine Rückgriffansprüche habe, kann gar keine Rede sein. Er hat sie in noch größerem Umfange, wie sie schon jeder Gesamtschuldner hat. Die Dispositivregel des § 426 ist zu seinen Gunsten fast in allen Fällen durchbrochen, weil Aufwendungsersatz- oder Bereicherungsansprüche zur Verfügung stehen, § 670, 683, 812 BGB. [4]).

Eindeutig subjektiv ist auch die folgende Auslegungsregel:

„Der Bürge hofft, er werde nicht in den Selbstzahlungsfall kommen. Der Mitübernehmer dagegen fühlt sich schon jetzt als Schuldner [5]). Dieses von Wolf [6])

3) Im Anschluß übrigens an Reichel S. 232 ff.

4) Vergl. Reichel, a. a. O., S. 559.

5) Reichel, a. a. O., S. 297.

6) Wolf: Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft? 1908.

vorgeschlagene, gleichfalls subjektive Kriterium mag zwar die klare subjektive Wiederspiegelung der objektiven Rechtslage sein, aber es trägt den Stempel der Unbestimmbarkeit und Unbestimmtheit an der Stirn. Objektiv schuldet der Bürge subsidiär, der Übernehmer dagegen primär, wer aber will sagen, ob diese Lage auch subjektiv bewußt ist und so schon bei Vertragsabschluß empfunden wird?

Die zweite Gruppe faßt Bindhardt unter dem Titel: „Auslegung aus der Interessenlage" zusammen. Bei Reichel liest man hierzu: „Die bisher aufgeführten Auslegungsmethoden stellen alle samt das subjektive Moment in den Vordergrund. Sie operieren vorwiegend mit dem „inneren Willen" der Vertragsschließenden. Mit solchen Verfahren aber gerät die Auslegungskunst, wenn sie Fragen wie die hier vorliegenden lösen will, gar bald in die Brüche. Denn an allen Ecken und Enden stößt sie auf die peinliche Tatsache, daß die Parteien sich über das, was sie wollen und anstreben, überhaupt keine klaren Gedanken gemacht, keine bewußten Vorstellungen gebildet haben. Das aber, woran die Parteien nicht einmal gedacht haben, das können sie in Wahrheit auch nicht gewollt haben. — Denn ein Wollen des nicht Vorgestellten gibt es nicht". Auf diese Sätze wird in anderem Zusammenhang noch einmal zurückzukommen sein. Für die hier gestellte Frage ergibt sich soviel, daß jede Auslegung „aus der Interessenlage" einen Parteiwillen nachträglich konstruiert, ihn hypothetisch annimmt, was auch die Dissertation von Bindhardt (S. 26) richtig erkennt. Auslegung aus der Interessenlage stellt auf den objektiven Zweck ab, ist teleologisch, nicht psychologisch.

Unabhängig also von den die Parteien im Einzelfall bewegenden Motiven, muß aus der objektiven Lage eine Entscheidung für den einen oder anderen Vertragstyp fallen. Nichts also wäre verfehlter, — das kann schon hier festgestellt werden — als an der von der Rechtsprechung erarbeiteten Auslegungsregel, die für die Annahme einer Mitschuldübernahme ein eigenes sachliches oder wirtschaftliches Interesse des Übernehmers fordert, zu bemängeln, daß in dieser Regel persönliche

Interessen übersehen seien, die oft noch stärkere Wirkungen haben könnten. So richtig es ist, daß häufig um immaterieller Wünsche willen mehr geopfert wird, als aus wirtschaftlichen Erwägungen, so kann es sich doch in diesen Fällen immer nur um Motive handeln, die bestimmend gewirkt haben. Sie mögen noch so stark sein, mit der objektiven Interessenlage haben sie nicht das Geringste zu schaffen. Die Behauptung wirkt scheinbar überspitzt, eine Übertreibung enthält sie trotzdem nicht. Das zu beweisen, stößt auf keine Schwierigkeit. Teleologische Auslegung geht vom Zweck des Geschäfts an sich aus. Sie läßt zunächst außer acht, wie die Parteien sich die Regelung ihrer Beziehungen gedacht haben. Das hat aber den Vorzug, daß selbst, wenn die Parteien eine eindeutige Vorstellung nicht hatten, die Auslegung ihr Ziel nicht verfehlt. Denn eben in diesem Falle ergänzt sie, was die Parteivereinbarung übersah. Motive einer oder beider Parteien gewinnen im Tatbestand einer Erklärung erst Gewicht, wenn sie zum Erklärungsbestandteil gemacht wurden. Soweit das nicht geschieht, bleiben sie unbeachtet. In diesem — man kann sagen — erklärungsfreien Raum herrscht ergänzende, objektive Auslegung. Hiermit sind gleichzeitig ihre Grenzen festgelegt. Soweit die Parteien ausdrücklich und unmißverständlich ihre Absichten in ihren Erklärungen zum Ausdruck gebracht haben, ist für irgendwelche Auslegung kein Raum; es bedarf ihrer garnicht. Der Erklärung als der souveränen Gestalterin der Rechtsbeziehungen gebührt unter allen Umständen der Vorrang. Fehlt sie, so kann ihr Platz von einer anderen, der ergänzenden Auslegung besetzt werden. Den einmal aber eingenommenen Platz verliert die ergänzende Auslegung auch dann nicht, wenn er ihr durch bloße Motive sollte streitig gemacht werden. Ein Beispiel erläutert mehr, als lange Ausführungen:

In einem vom Landgericht Leipzig (DJZ. 12, 1304) entschiedenen Falle hatte der Beklagte sich mündlich verpflichtet, die Miete seiner Geliebten zu begleichen. Das Gericht sah Schuldmitübernahme als gegeben an, da hier

das immaterielle Interesse ebenso ins Gewicht falle, wie ein wirtschaftliches.

In welcher Rechtsunsicherheit würde die Praxis enden, wollte sie sich dieses Verfahren zu eigen machen. Was nicht erklärt ist, kann nur dann berücksichtigt werden, wenn es der objektiven Interessenlage entspricht. Mit dieser Interessenlage haben der Erklärende wie auch sein Gegner gerechnet. Nur aus ihr können daher im Wege der Auslegung Konsequenzen gezogen werden.

2) Methode der Auslegung.

Es steckte bereits in dem bisher zur Frage der Auslegung Gesagten eine Stellungnahme zu diesem noch immer nicht zur Ruhe gekommenen Problem. Diese Stellungnahme muß ins helle Licht gerückt werden, wenn ein Versuch der Abgrenzung der Verträge gesichert und begründet erscheinen soll.

Das Gesetz selbst, wie auch die Rechtslehre spricht von Willenserklärung, obwohl, streng genommen, dieses Wort den Kern der Sache nicht trifft. Beim Wort genommen bedeutet „Willenserklärung", Erklärung, Aussage über einen von dem Erklärenden gefaßten Willensentschluß, einen bei ihm vorhandenen Willen. Eine Analyse dessen, was die Erklärung bezweckt, was ihr Sinn ist, lehrt indes, daß eine solche bloße Aussage das Wesen der Willenserklärung garnicht ausmacht. Wer erklärt, — um wahllos einige Beispiele herauszugreifen —, daß er etwas kaufen oder verkaufen wolle, daß er miete, einen Auftrag übernehme, der will nicht zum Ausdruck bringen, daß er den Entschluß gefaßt habe, oder ihn jetzt fasse, daß er den Willen habe, zu kaufen, zu mieten usw., sondern er will damit sagen, daß er von jetzt, d. h. vom Zeitpunkt der Erklärung ab, ein — für allemal rechtlich gebunden sein will, Käufer, Mieter im Rechtssinn sein will.

Aussage über einen Willen kann nur Aussage darüber sein, daß man jetzt einen Entschluß gefaßt oder ihn demnächst fassen will, trägt aber als bloße Aussage nicht den Charakter rechtlicher Bindung in sich. Diese Bindung

ist aber für die rechtliche Willenserklärung Wesenselement. In ihr liegt ihr eigentlicher Sinn beschlossen. Kurz, die Willenserklärung ist „Geltungserklärung" (L a r e n z). Was erklärt ist, soll nach der Intention des Erklärenden für ihn rechtlich wirksam und bindend, soll Recht sein.

An diese Ausdeutung des Begriffs der Willenserklärung hat der Gesetzgeber nicht gedacht. § 133, der es neben § 157 mit der Auslegung der Willenserklärung zu tun hat, beweist uns, daß das Gesetz mit dieser Regel vor allem jeden Buchstabenkult abwehren will, daß es aber dann den w i r k l i c h e n Willen, der anstatt des Buchstabensinns allein beachtlich sein soll, als „wirklichen", d. h. vom Erklärenden subjektiv gemeinten Sinn der Erklärung verstand. Die Motive[7]) sagen: „Unhaltbar erscheint ferner die für das gemeine Recht vertretene Regel, daß es bei einem Vertrage nicht auf den wirklichen Sinn der Rede des Vertragschließenden, sondern darauf ankomme, wie der andere Vertragschließende dieselbe nach den ihm vorliegenden Umständen auffassen mußte. Anzuerkennen ist nur, daß von dieser Auffassung die Tragweite der von dem a n d e r n Vertragschließenden abgegebenen Erklärung abhängt; die Gegenpartei bei ihrer Erklärung in dem mißverstandenen Sinne festzuhalten, wäre gleichbedeutend mit einer Durchbrechung des den §§ 77, 78 Abs. I, §§ 100, 114 (E. 1. Lesung) zu Grunde liegenden Prinzips".

Die Maßgeblichkeit des objektiven Sinns der Erklärung sollte also im Gesetz jedenfalls nicht ausgesprochen werden; § 133 sagt denn auch, von der Verwerfung der Buchstabenauslegung abgesehen, im Grunde nichts über die Frage, welche Bedeutung, welcher Sinn der Erklärung schließlich den Ausschlag zu geben hat. Es war nur die im Gesetz mindestens nicht klar ausgesprochene Meinung der Gesetzesverfasser, daß der subjektive Sinn maßgeblich sein müsse. „Wirklicher Wille" kann mithin höchstens als subjektiv gemeinte Bedeutung

---

7) Motive I zu § 73, S. 153.

verstanden werden[8]). „Der wirkliche Parteiwille schiebt jene objektivistischen Größen allemal beiseite“[9]).

Es kann nur die Frage auftauchen, ob angesichts dieser Auffassung des Gesetzes die Willenserklärung doch im Sinne einer Geltungserklärung verstanden werden darf, ohne daß damit ein dem Gesetz klar widersprechender Begriff eingeführt wird. Die Sorge ist unberechtigt. Geltungserklärung besagt nur, daß die Willenserklärung nicht Erklärung eines faktischen einmaligen Willens ist, daß sie vielmehr ein Verpflichtungs-, Bindungsmoment enthält. Das aber ist eine offenbar vom Gesetz unberührte Frage. Man mag zu ihr in dem einen oder anderen Sinne stehen, bezügl. der Auslegung hat man sich dann zunächst noch keinen Weg verschlossen.

Sachlich im Widerspruch zum Gesetz würde aber die Auffassung der Willenserklärung als einer Geltungserklärung nur dann stehen, wenn man mit Larenz[10]) behaupten wollte, die Geltungserklärung überwinde den Dualismus von Wille und Erklärung, mache demnach die Erforschung des wahren Willens überhaupt überflüssig. Diese Behauptung wäre irrtümlich. Larenz, der sie aufstellt, kann aus seinem eigenen System heraus widerlegt werden.

Manigk hat in seiner Kritik der Larenzschen Ausführungen (JW. 1930, 2193 ff.) richtig hervorgehoben, daß die Anerkennung der Beachtlichkeit des Irrtums in den §§ 119 ff. BGB. notwendig zur Anerkennung des Dualismus von Wille und Erklärung führen muß. Wer entgegen seinem wahren Willen erklärt, kann sich von dieser Erklärung durch Anfechtung lossagen. Hierauf wird noch zurückzukommen sein. Zunächst muß die Erörterung die begonnene Linie fortführen. Willenserklärung soll Geltungserklärung sein. „Sie soll einen Rechtsfolgewillen kundbar machen“ (Manigk[11])). Begrifflich sind wir ge-

8) Vgl. Larenz, a. a. O., S. 4/5.

9) Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918, S. 85.

10) Larenz a. a. O., S. 68.

11) Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918, S. 195.

wohnt, die Verbindung zwischen etwas Objektivem mit dem dieses Objektive setzenden Subjekt so herzustellen, daß wir den Gedanken der Zurechnung einführen. Zugerechnet wird z. B. dem Täter die unerlaubte oder strafbare objektive Handlung beim Vorliegen subjektiver Schuld. Zugerechnet kann auch eine objektive Erklärung werden, und, da sie einen Rechtsfolgewillen zum Ausdruck bringen soll, kann es nur darauf ankommen, festzustellen, welche Rechtsfolge maßgeblich sein soll, welche Rechtsfolge als gewollt zugerechnet werden kann. Das kann aber gerecht nur unter Berücksichtigung der Lage des Gegners erfolgen. Diejenige Bedeutung der Erklärung ist danach zurechenbar, die Rechtsfolge muß als gewollt angesehen werden, von der der Erklärende annehmen konnte und mußte, daß sie der Gegner verstehe. Daher kann denn für die Auslegung der sogenannte innere Wille im Sinne der subjektiven, vom Erklärenden gemeinten Bedeutung (§ 133) nur insoweit Berücksichtigung finden, als ihn, objektiv gesehen, der Erklärende als für den Gegner erkennbar unterstellen durfte. Von einer Annäherung an die Erklärungstheorie kann hierbei nur sehr mit Vorbehalt gesprochen werden.

In ihr, die bekanntlich als dominant in der Erklärung nur eben die Erklärung ungeachtet des „inneren" Willens ansehen will, liegt soviel an richtiger Erkenntnis, daß in der Tat die Verständnismöglichkeit des Gegners letzten Endes die Grenze für die Zurechnung einer Erklärung abgibt. Andererseits befindet man sich mit der eben gegebenen Zurechnungsregel auch mit Manigk, dem scharfsinnigsten Verfechter einer gemäßigten Willenstheorie, nicht in vollem Einklang. Für ihn stehen Wille und Erklärung grundsätzlich paritätisch nebeneinander, und die Abwägung der Interessen der an der Erklärung Beteiligten führt ihn zu der Formel: „Der wirkliche, der Erklärung zugrunde liegende Wille ist zu erforschen und zu prüfen, ob er in der Erklärung zu erkennbarem Ausdruck gelangt ist" (S. 202). Grundsätzlich muß, so lautet demgegenüber unser Leitsatz, für die Zurechnung des Erklärungswertes ausschlaggebend sein,

was als von dem Gegner verstehbar angesehen werden durfte. Das aber bedeutet, wenn auch nicht eine prinzipielle und ausnahmslose Anerkennung der Priorität der objektiven Erklärung, so doch eine Berücksichtigung dieses Vorrangs und enthält zugleich den berechtigten Kern der Erklärungstheorie. Regelmäßig wird die objektive Verständnismöglichkeit des Gegners zum herrschenden Prinzip, regelmäßig gibt also der objektive Sinn der Erklärung den Ausschlag, mit der Einschränkung nur, daß auch der Erklärende über diesen objektiven Sinn hätte Klarheit gewinnen können und sollen. Daß trotzdem im Falle der falsa demonstratio das wahrhaft Gewollte dem Erklärten vorgeht, ist hiernach ebenfalls unschwer begreifbar. Der Gedanke der Zurechenbarkeit muß zu diesem Ergebnis führen, das mithin eine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip nur s c h e i n b a r darstellt.

Freilich gibt es echte Ausnahmen. Geleugnet kann ihre Existenz nur von dem werden, der sich nicht scheut, den Kopf in den Sand zu stecken. Wer anfechten darf, bringt eine ihm an sich zurechenbare Erklärung zu Fall. Und wenn er Vertrauensschadensersatz leisten muß, so haftet er nicht für und aus der Erklärung, sondern gerade weil er ihre Rechtsgeltung hat beseitigen dürfen. Und so wird klar, was schon oben angedeutet wurde, daß es den von der Willenstheorie behaupteten Dualismus zwischen Wille und Erklärung gibt. Er läßt sich auch mit dem Begriff der Geltungserklärung nicht aus der Welt schaffen. Insofern zeiht M a n i g k mit Recht L a r e n z des Irrtums.

Wichtiger fast noch als die Herausarbeitung der leitenden Grundsätze für die echte Auslegung ist die Erkenntnis der sogenannten e r g ä n z e n d e n Auslegung. Man versteht darunter den von R e i c h e l (vergl. früher im Text und bei R e i c h e l, S. 236) so plastisch geschilderten Fall, daß es bei den Parteien an klaren Vorstellungen und in Folge hiervon an irgendwie eindeutiger Erklärung überhaupt fehlt. Die Parteien wissen zu häufig fast nicht einmal, was sie wirtschaftlich wollen. Übernehmen sie aber so blindlings rechtliche Verpflichtungen,

so muß ihre Tragweite erst im Wege ergänzender Auslegung bemessen werden.

3) Ergänzende Auslegung.

Gewöhnlich knüpft methodologisch die Literatur zur Begründung des hierbei einzuschlagenden Verfahrens an den „vermutlichen Parteiwillen" an, obwohl bei noch so peinlicher Aufmerksamkeit ein derartiger Wille vergebens gesucht werden würde.

Er ist garnicht vorhanden, und damit gewinnt man den bedeutsamsten Fingerzeig zur theoretisch gesicherten Erklärung der ergänzenden Auslegung. Wir verdanken Manigk's wertvoller Forschungsarbeit, daß heute diese Fragen ernsthafter Kritik überhoben sind.

Was für den Erklärungsgegner im Falle echter Auslegung als Erklärungsbedeutung verstehbar und mithin dem Erklärenden zurechenbar ist, bestimmt sich nicht selten durch die Verkehrssitte oder durch im Gesetz vereinzelt niedergelegte Auslegungsregeln. Wer sich einer der vielen im Rechte des Handels feststehenden Kaufmannsformeln bedient, muß diese Formel in ihrer objektiven Bedeutung jedenfalls gegen sich gelten lassen. Er mag selbst diese Formel verstanden haben, wie immer er will, sie hat für seine Erklärung und deren durch Auslegung festzustellenden Inhalt unanfechtbare normierende Kraft (Manigk, a. a. O., S. 149/50).

Das Gleiche gilt bei ergänzender Auslegung. Wer eine dürftige Kauferklärung abgibt, muß wissen, daß über eine Reihe von Nebenfragen, wie Gewährleistung für Sachmängel, Folgen des Verzuges und der Unmöglichkeit usw. feste Regeln existieren, für deren Anwendbarkeit er sich gewissermaßen in blanco entschieden hat (S. 164). Was insoweit nicht erklärt ist, wird als erklärt fingiert und kann, selbst wenn der Erklärende ganz andere Vorstellungen sich gemacht haben sollte, keine Berücksichtigung finden. Eine Anfechtung wegen Irrtum ist ausgeschlossen. Es handelt sich nicht mehr um den Inhalt der Erklärung, sondern um deren objektive Ergänzung. Hier kommt am

stärksten das im § 157 niedergelegte Prinzip von Treu und Glauben zur Geltung. Mit eigentlicher Auslegung, Berücksichtigung insbesondere des „inneren" Willens, an die etwa § 133 denkt, hat der Fall nichts mehr zu schaffen.

Die Schlußfolgerung hieraus für unsere Abgrenzung der Vertragstypen liegt offen zutage. Wenn methodisch Sauberkeit herrschen soll, so können für Tatbestände zweifelhafter Behandlung nur objektive Abgrenzungskriterien verwandt werden. Alles andere gehört „dem Reich der Motive" an, deren Beachtlichkeit für den Gegner um ihrer Unerkennbarkeit Willen unzumutbar ist.

4) Schlußfolgerungen für die Abgrenzung der Verträge.

Methodisch also stehen wir mit dem „Interessenkriterium" auf gesichertem Boden [12]). Nur eins ist fraglich, ob praktisch mit diesem Kriterium eine Abgrenzung wirklich erreichbar ist. Wer ist zu beweisen imstande, daß wirklich Bürgschaft und Mitschuldübernahme unter dem Kriterium des „eigenen wirtschaftlichen Interesses" sich reinlich scheiden lassen!

Die Frage ist für die nicht selbstschuldnerische Bürgschaft bereits beantwortet. Es ist in der Tat erweisbar, daß das Gesetz die Bürgschaft als fremdinteressiert ausgestaltet hat und sich daher abstrakt den Bürgen als einen Interzedenten vorstellt, der seine Verbindlichkeit im fremden Interesse übernimmt. Wo demnach im Einzelfall ein derartiges Fremdinteresse feststellbar ist, muß die Entscheidung zu Gunsten der Bürgschaft fallen. Dagegen bleibt es bei selbstschuldnerischer Bürgschaft offen, ob auch hier das Fremdinteresse den Ausschlag gibt. Ein

12) Man könnnte noch nach anderer Richtung die Bedeutung der Berücksichtigung der Interessenlage verfolgen. Sie entspricht völlig der normativ eingestellten Interessenjurisprudenz der letzten Jahrzehnte. Es ist in mehr als einer Richtung interessant zu sehen, wie allenthalben, auch auf anscheinend einander fremden Gebieten normative Methodengesichtspunkte in den Vordergrund treten (vergl. die neueste Verteidigung der Interessenjurisprudenz gegen Isay durch Heck in Ziv. Arch. 137 (1933, 33 ff.)).

doktrinär nicht getrübter Blick wird nicht übersehen können, daß trotz des oben schon erwiesenen, in den §§ 770, 776 BGB. enthaltenen Restes von Subsidiarität der selbstschuldnerischen Bürgschaft wirtschaftlich hier die Interessenlage der bei der Mitschuldübernahme feststellbaren zum verwechseln ähnlich sieht. Der gleiche Schluß, der bei der Mitschuldübernahme von der primären Haftung zum Eigeninteresse führt, kann auch hier gezogen werden. Der selbstschuldnerische Bürge ist nicht mehr und nicht weniger interessiert, als es der beitretende Schuldner ist. Hier kann und muß ein anderes objektives Kriterium den Ausschlag geben. Die bereits zitierte Dissertation von Bindhardt findet es in der Befragung der Verkehrssitte. Es ist schlechterdings nicht bezweifelbar, daß die Verkehrssitte so gut wie ausschließlich die Bürgschaft kennt. Es fällt niemandem ein, eine Mitschuldübernahme ausdrücklich zu vereinbaren, wo er die weit geläufigere Bürgschaft ebenso brauchbar in der Hand hat. Daß zu dieser Entscheidung die theoretische Not drängt, tut ihrer Richtigkeit keinen Abbruch.

Die Not mag im Leben manche Grenze des Erlaubten vergessen machen, für die Theorie kann sie zur Weisheit letztem Schluß führen. Und wer solchen Schluß dürftig nennt, urteilt vorschnell. Eines kann er für sich gewiß in Anspruch nehmen, nämlich, daß er in der praktischen Auswirkung eine erwünschte Rücksichtnahme auf Treu und Glauben gewährleistet. Nichts lehrt die Praxis deutlicher, als daß der aus formnichtiger Bürgschaft Klagende sein Heil bei der formfreien Schuldmitübernahme, gerade also auf dem an sich versperrten Ausweg sucht. Soweit die klagende Partei Schutz verdient, — und da bleiben die Fälle, in denen sie sich durch „sichere" Versprechen zur Kreditgewährung hat bestimmen lassen — schützt sie einmal § 263 StrGB. (der Betrüger kann strafgerichtlich zur Verantwortung gezogen werden), zum anderen der Schadensanspruch des § 823 Abs. 2, 826, von der etwa außerdem ihr offenstehenden Möglichkeit der Anfechtung (123 II BGB.) und dem hiernach gegebenen Bereicherungsanspruch ganz abgesehen.

Für Abgrenzung des Garantievertrags von der Bürgschaft ist neuestens in einer Entscheidung des hanseatischen Oberlandesgerichts[13]) ein überraschender Beitrag geliefert worden. Es handelte sich auch hier um einen Fall, in dem die Aufrechterhaltung eines Lieferungsvertrages nur durch eine „Garantiezusage" erreicht worden war. Das Gericht führt aus: „Allerdings hat der Kläger eine weit verbreitete Meinung für sich, die das entscheidende Merkmal der Garantie darin sehen möchte, daß dem Eintretenden wirtschaftliche Vorteile aus dem Hauptvertrage unmittelbar zufließen, oder er doch ein sachliches Intersse an dem Abschluß oder der Erfüllung des Hauptvertrages hat, während das Reservat die Bürgschaft das Einstehen für die Person des Bürgen ohne eigenes wirtschaftliches Interesse an der Hauptverbindlichkeit sei. Auch in dem hier zu entscheidenden Fall beruft sich der Kläger wegen der Mündlichkeit des „Garantie"versprechens darauf, daß der Beklagte ein eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Weitererfüllung des Vertrages habe, also mit ihm ein formfreier Garantievertrag geschlossen sei". Das Gericht weist den Kläger mit dieser Begründung zurück. Es warnt davor, bei Formnichtigkeit einer Bürgschaft auf den Garantievertrag als Notbehelf zurückzugreifen und verweist auf eine dahingehende Entscheidung des Reichsgerichts JW. 32, 1532, die diesen Weg beschritten hatte. Das hieße denn doch, die wohl überlegte Formvorschrift für die Bürgschaft wertlos machen.

Aus diesen Prämissen wird dann der verblüffende Schluß gezogen:

„Es kann sich beim Garantievertrag — von dem Normalfall der Garantieübernahme für den Erfolg eines Unternehmens, der sich mit der Bürgschaft überhaupt nicht berührt, abgesehen — nie um ein Garantieren der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit handeln. Vielmehr kann und darf ein Garantievertrag nur dort angenommen werden, wo ein vom eigentlichen Erfüllungsinteresse ab-

13) JW. 1934, 1924.

weichender Erfolg oder für ein nicht gerade in der Erfüllung sich erschöpfendes Verhalten des Schuldners garantiert wird. Gerade dann also wird ein Garantievertrag vorliegen, wenn die Hauptverbindlichkeit nichtig ist, wegfällt oder überhaupt nicht zustande kommt. Die Haftung für die Erfüllung muß daher das Reservat der formgebundenen Bürgschaft bleiben."

Die Lösung erweckt den Anschein verblüffender Einfachheit: Bürgschaft ist Einstehen für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Garantievertrag verpflichtet zur Haftung für Nebenpflichten.

Es müßte Wunder nehmen, wenn zu diesem Gedanken trotz aller Mühe die bisherige Rechtsprechung und Literatur nicht hätte durchfinden können. So sicher auch die Grenzziehung gewährleistet wäre, auf diesen Pfad weist ein Irrlicht. Zu erweisen wäre, wenn wirklich hier der Stein der Weisen liegen sollte, daß nichts anderes zum Inhalt eines Garantievertrages gemacht werden kann und gemacht wird, als die Zusicherung der Erfüllung einer anderen als der eigentlichen Erfüllungspflicht, denn „für ein formlos gültiges Garantieversprechen soll nur insofern Raum sein, als es sich nicht um Garantie der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit handelt". Man braucht kein überscharfes Auge zu haben, um zu erkennen, daß gerade diese Voraussetzung nicht nur unbewiesen ist, sondern auch nie erweisbar sein kann. Wer will es dem Garanten verbieten, gerade für die Hauptschuld einzustehen. So sehr wie einerseits der Gläubiger gerade daran interessiert sein wird, einen Garanten der Hauptverpflichtung zu haben, so sehr hat auch der Garant zunächst und in erster Linie diese Verpflichtung im Auge. Er begründet, übernimmt sie selbständig. Er übernimmt — und das ist unbestreitbar — gerade die Garantie dafür, daß dem Gläubiger ein Schaden aus Nichterfüllung der Hauptverpflichtung nicht erwachsen soll. Insofern dient praktisch der Garantievertrag dem gleichen Zweck, der auch durch Bürgschaft erreicht werden soll. Es ist kein begrifflicher Widersinn, die gleiche wirtschaftliche Sicherungsfunktion einer Mehrheit von Verträgen zuzusprechen. Sie haben sie je nach ihrer Eigen-

art. Von einem Mißbrauch dieser Rechtsform für an sich der Form fremde Zwecke kann ernsthaft nicht gesprochen werden. Dann bietet sich aber im Wesentlichen für den Garantievertrag im Verhältnis zur Bürgschaft die gleiche Grenzschwierigkeit, die auch zwischen Bürgschaft und Mitschuldübernahme besteht. Nichts hindert, sie mit denselben Mitteln zu beheben. Methodisch und sachlich gleich sauber wäre der Bürgschaft ein eigener Wirkungsbereich gesichert. Seine Grenze würde da verlaufen, wo von Fremdinteresse nicht mehr gesprochen werden könnte. Nach diesem Kriterium entscheidet die Rechtsprechung; und die Betrachtung des Wesens der ergänzenden Auslegung hat gezeigt, daß nur ein objektives Merkmal methodisch sich rechtfertigen läßt. Der Gedanke, daß die Formvorschrift des § 766 BGB. entwertet wird, muß, zu Ende gedacht, entweder zu einer Ablehnung jeder formfreien Interzession führen, oder muß in der Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben sich erschöpfen. Im letzteren Falle zeigt er den gleichen Weg, den die Rechtsprechung seit langem schon begeht.

Ein letztes bedarf noch kurz der Erörterung. Hat neben der Mitschuldübernahme der nach gleichen Prinzipien von der Bürgschaft abgegrenzte Garantievertrag selbständiges Daseinsrecht? Begrifflich hebt sich der Garantievertrag wie selbstverständlich ab als der Vertrag, der das Unternehmen eines anderen sicherstellt. Allein sobald dieses Unternehmen die Forderung eines anderen ist, stehen Mitschuldübernahme und Garantievertrag als engstens verwandt vor uns. Es ist weitgehend gleichgültig, ob man sich für den einen oder den anderen Vertrag entscheidet. Es hat auch hier keinen Sinn sich dem zu verschließen. Nur in einer Richtung scheidet der Garantievertrag für diesen Fall aus, dann nämlich, wenn — wie der viel berufene Ausdruck lautet — die Zeit des Risikos vorüber ist, der Schaden bereits entstanden ist. Darüberhinaus wäre schon der Versuch einer Abgrenzung ein begrifflich zum Scheitern verurteiltes Unternehmen. Es ist eine logische Schlußfolgerung, daß alles, was nicht versucht werden, auch nicht vollendet werden kann.